

# Enige bespiegelingen over het nemo plus beginsel

(bij overdracht van een verhuurd pand)

*D.H. de Witte\**

## 1. INTRODUCTIE

Het is Ulpianus geweest, die in zijn 46e boek ‘Ad Edictum’<sup>1</sup> de regel ‘nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet’ formuleerde. Ulpianus gebruikte dit adagium voor een specifiek geval, waarin de erfgenaam de gehele nalatenschap vervreemde.

Later hebben de opstellers van het Corpus iuris de nemo plus regel ook op andere gevallen toegepast, waardoor deze regel — dat de vervreemder aan de verkrijger niet meer rechten kan verschaffen dan hij zelf heeft — algemene gelding kreeg. Een algemene regel, waarop in bepaalde situaties uitzonderingen werden toegestaan ter bescherming van de verkrijger tegen een onbevoegde vervreemder.<sup>2</sup>

De nemo plus regel wordt beschouwd ‘als een onontkoombare, want logische, eis waaraan elk positief recht zich heeft te onderwerpen’.<sup>3</sup> Ook aan het stelsel van het (nieuw) BW ligt mede de nemo plus regel ten grondslag. Eén van de vereisten voor de overdracht van een goed is de beschikkingsbevoegdheid, die als een positiefrechtelijke uitwerking van de nemo plus regel is te beschouwen.<sup>4</sup> Maar ook in het (nieuw) BW zijn ter bescherming van de ver-

\* Mr. drs. D.H. de Witte is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit Leiden.

1. In de Pandecten opgenomen onder de rubriek ‘De diversis regulis iuris antiqui’ D. 50.17.54.
2. Zie voor een korte schets van de ontwikkeling van het nemo plus beginsel in het Romeinse recht onder meer A.J.M. Kunst, Historische ontwikkeling van het recht (deel II), Zwolle, 1968, pp. 198-199 en R. Feenstra, Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands Privaatrecht, Leiden, 1990, p. 50.
3. Aldus H.R. Hoetink, Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet, in: Rechtskundige Opstellen aangeboden aan Prof. mr. E.M. Meijers, Zwolle, 1935, p. 475.
4. Zie art. 3:84 en verder onder meer de artt. 3:98 jo. 3:84, 3:175-177, 3:190 en

krijger uitzonderingen op het wettelijke vereiste van de beschikkingsbevoegdheid aanvaard.<sup>5</sup>

Twee vragen dringen zich op.

Is de nemo plus regel een 'logisch axioma' waar men 'niets mee kan doen daar zijn vanzelfsprekendheid juist even groot is als zijn inhoudsloosheid'<sup>6</sup> of is de nemo plus regel een rechtsbeginsel, waarmee rechtsregels kunnen worden uitgelegd?

Indien verschillende partijen rechten doen gelden op hetzelfde toekomstige goed is de rechtskeuze voor degene die eerste gerechtigde is in overeenstemming met het nemo plus beginsel?

Vragen die een nadere beschouwing verdienen.

## 2. HET NEMO PLUS BEGINSEL

Het meest omvattende recht, dat een persoon op een zaak kan hebben, is het eigendomsrecht. Het eigendomsrecht is een volledig recht. De eigenaar is — met uitsluiting van een ieder — vrij de zaak te gebruiken, daarvan de vruchten te trekken en daarover te beschikken.

Het eigendomsrecht kan ontstaan bij de verkrijger. Te denken valt aan zaaksvorming, natrekking, onteigening en verkrijgende verjaring. Er is hier sprake van een originaire eigendomsverkrijging, waarbij een nieuw recht ontstaat dat vrij is van iedere last.

Het eigendomsrecht kan ook van een rechtsvoorganger worden verkregen. Dit is onder meer het geval bij erfopvolging, boedelmening en overdracht. Deze drie mogelijkheden zijn vormen van de derivatieve eigendomsverkrijging. In dit geval wordt het goed verkregen met alle hoedanigheden die het bij de rechtsvoorganger had. Het subjectieve recht is vóór en ná de overdracht gelijk, zodat ook de omvang van het eigendomsrecht bij vervreemder en verkrijger dezelfde is.

Bij de originaire eigendomsverkrijging is er geen vervreemder van het recht. De regel dat de vervreemder aan de verkrijger niet meer rechten kan verschaffen dan hij zelf heeft — de nemo plus regel — speelt dan ook alleen bij de derivatieve eigendomsverkrijging.

In de positie van de vervreemder en zijn relatie tot het object ligt

3:237 lid 2 BW.

5. Zie onder meer de artt. 3:24-26, 3:36, 3:45 3:86-88, 3:238-239 lid 4, 7:42 BW.

6. H.R. Hoetink, op. cit., p. 491.

ook de ratio van de nemo plus regel. De mens is autonoom. Hij is vrij te doen en te laten met hetgeen hem toebehoort. Maar deze vrijheid over de eigen goederen bestaat alleen als anderen die vrijheid respecteren. De waarborg hiervoor ligt in de nemo plus regel. Het niet meer rechten kunnen verschaffen dan de vervreemder heeft, voorkomt dat de vervreemder een ander een recht verschafft dat aan een derde toebehoort en door die overdracht tegen de wil van die derde wordt ontnomen. De nemo plus regel beschermt derden goederenrechtelijk tegen onvrijwillig rechtsverlies.<sup>7</sup>

De beschermende werking van de nemo plus regel wordt verkregen door voor de overdracht van een goed en de vestiging, overdracht en afstand van een beperkt recht op een zodanig goed te verlangen dat de vervreemder beschikkingsbevoegd is.

In het algemeen is de beschikkingsbevoegde de rechthebbende op het goed. Bij zaken is dat de eigenaar, bij vorderingsrechten de crediteur en bij beperkte rechten de beperkt gerechtigde.

Maar ook anderen dan de rechthebbende kunnen beschikkingsbevoegd zijn. Te denken valt aan de middellijke vertegenwoordiger als de verkoopcommissienair<sup>8</sup> en de executerende beslaglegger, hypotheekhouder en pandhouder.

Levering door een beschikkingsonbevoegde leidt niet tot een geldige overdracht. De verkrijger wordt geen rechthebbende. Dit is slechts anders indien de verkrijger een beroep kan doen op een derdenbeschermingsbepaling.

Bij de bescherming van de verkrijger is het vertrouwensbeginsel in het geding. De derde, verkrijger, wordt namelijk beschermd als hij de macht over een goed heeft verkregen en er op vertrouwd en mocht vertrouwen te verkrijgen uit handen van een beschikkingsbevoegde. Het vertrouwen van de verkrijger moet zijn gewekt door toedoen van de rechthebbende. De oorspronkelijk gerechtigde heeft op basis van dit toedoen het risico te dragen van mogelijk verlies van zijn goed ten bate van de verkrijger te goeder trouw.

Het vertrouwensbeginsel richt zich op de verkrijger. Het nemo

7. J.H. Nieuwenhuis, *Uit de ban van hier en nu*, rede KUB, 1980, pp. 61-63.

8. De verkoopcommissienair is gerechtigd over de hem ten verkoop gegeven zaak te beschikken, omdat in de opdracht tot verkoop van de principaal de bevoegdheid tot rechtstreekse overdracht van het bezit en de eigendom besloten ligt, tenzij het tegendeel blijkt. Zie L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht*, diss. RUG 1993, Deventer 1993, pp. 24 en 62-64.

plus beginsel beschermt niet de vervreemder, maar de oorspronkelijk gerechtigde. Bij een beslissing over een geschil wie het eigendomsrecht op het goed heeft (behouden of verkregen) worden beide beginselen tegen elkaar afgewogen.<sup>9</sup>

Bij de afweging tussen beide beginselen wordt naast de billijkheid een belangrijk gewicht toegekend aan een vlot handelsverkeer dat erbij is gebaat dat verrichte transacties zoveel mogelijk worden geëerbiedigd.<sup>10</sup>

### 3. OVERDRACHT VAN EEN VERHUURD PAND EN VAN DE HUUR-PENNINGEN

Er is voor gekozen de betekenis en de reikwijdte van het nemo plus beginsel te onderzoeken aan de hand van een variërende casuspositie. Aan het slot van iedere variatie wordt nagegaan of de ontwikkelde benadering in overstemming is met het nemo plus beginsel.

Het begin is eenvoudig.

A heeft in eigendom een pand, waarop hij op 1 januari ten behoeve van de bank een recht van hypotheek vestigt.

Het eigendomsrecht laat A vrij in het gebruik van zijn pand. Positief-rechtelijk gezien is A, met uitsluiting van anderen, volledig beschikingsbevoegd over zijn eigendomsrecht.

A kiest er voor het pand te laten dienen als object van financiering en vestigt op zijn eigendomsrecht ten behoeve van de bank een recht van hypotheek. De bank krijgt een beperkt recht op het eigendomsrecht van A. De bank heeft hiermee de bevoegdheid het pand,

9. Tijdens de parlementaire behandeling van art. 107 K heeft de wetgever expliciet op deze afweging gewezen: 'De vraag of anderen dan degene om wiens verklaring of gedraging het gaat, met name diens rechtverkrijgenden, verhinderd worden zich op de onjuistheid van de veronderstelling van de derde te beroepen, zal beheerst worden door andere rechtsbeginselen. In het bijzonder zullen hier het beginsel "nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet" en anderzijds dat van de bescherming van de verkrijgers te goeder trouw aan de orde komen.' TK, 1970-1971, 3770, no. 5, p. 82.

10. Zie over de aan de derdenbescherming ten grondslag liggende rechtsbeginselen in het bijzonder B.W.M. Nieskens-Isphording, Vier beginselen van derdenbescherming, Kwartaalbericht Nieuw BW 1989/3, pp. 71-75 en A.F. Salomons, De pijlers onder de vertrouwensbescherming van artikel 3:86 Nieuw BW, Ars Aequi 1991, pp. 114-123.

waarvan A het eigendomsrecht heeft, te vervreemden als A in zijn verplichtingen jegens de bank tekort schiet.

De omvang van het eigendomsrecht van A wordt door het recht van hypotheek in ieder geval in twee opzichten beperkt. Allereerst blijft A weliswaar bevoegd het pand te vervreemden, maar hij kan niet meer de vrije en onbelaste eigendom overdragen. A kan slechts vervreemden het eigendomsrecht belast met het hypotheekrecht. Ten tweede heeft A de bank op voorhand gerechtigd om in een specifiek geval zijn eigendomsrecht openbaar te verkopen, zonder dat hij op dat moment zijn toestemming en medewerking daarvoor behoeft te geven.

A is een deel van zijn beschikkingsbevoegdheid kwijt, zodat A daarmee positiefrechtelijk van volledig beschikkingsbevoegde tot een beperkt beschikkingsbevoegde is geworden. Bovendien heeft A contractueel de bank voor een deel beschikkingsbevoegd over het eigendomsrecht gemaakt. De bank is ook beperkt beschikkingsbevoegde geworden.

A heeft met het vestigen van het recht op hypotheek vrijwillig zijn eigendomsrecht beperkt. Een recht van een ander heeft A niet aangetast, zodat het nemo plus beginsel niet is geschonden.

A verhuurt het pand op 1 februari voor onbepaalde tijd aan H.

A is op grond van zijn eigendomsrecht in beginsel vrij in de wijze waarop hij het pand gebruikt. A kiest ervoor het pand te verhuren aan H.

De huurovereenkomst verplicht A aan H het huurgenot van het pand te verschaffen. Dit is een persoonlijke verplichting van A. Goederenrechtelijk bezien heeft deze verbintenisrechtelijke verplichting geen invloed op (de omvang van) het eigendomsrecht. De omvang van het eigendomsrecht van A is vóór en ná het sluiten van de huurovereenkomst gelijk, zodat A — bij vervreemding van het pand vrij van huur — het recht overdraagt dat hij heeft. Het nemo plus beginsel wordt niet geschonden. Een goederenrechtelijk recht van een ander wordt niet aangetast.

De wetgever is de huurder te hulp geschoten. Ingevolge artikel 7A:1612 BW gaan de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst bij verkoop van het pand van de vervreemder over op de verkrijger. Dit betekent dat als de vervreemder zich jegens een koper verplicht het pand vrij van huur te verkopen, de verkrijger ondanks



de contractuele afspraak het pand niet vrij van huur krijgt. De huurovereenkomst gaat van rechtswege over en zet daarmee de contractuele afspraak tussen de vervreemder en de koper opzij. Anders gezegd, de wet corrigeert de verklaring van de vervreemder.

De bank is als beperkt beschikkingsbevoegde in bepaalde gevallen gerechtigd het pand openbaar te verkopen. De contractuele aanspraak van de huurder op een rustig en ongestoord huurgenot tast niet (de omvang van) het eigendomsrecht aan, zodat ook (de omvang van) het zakelijk recht van de bank daardoor niet beperkt wordt. Toch kan ook de bank — zelfs al is de bank geen contractspartij bij de huurovereenkomst — in beginsel het pand niet meer vrij van huur vervreemden. Artikel 7A:1612 BW doet ook hier zijn corrigerende werking. Dit kan voor de bank nadelig uitwerken. Het pand dient als zekerheid voor de verstrekte geldlening. De verkoopwaarde van een verhuurd pand is in het algemeen lager dan een pand vrij van huur. De verhaalsmogelijkheid van de bank wordt door het in verhuur geven beperkt en kan daardoor onvoldoende zijn.

Voor de bank is er een uitweg. De bank kan in de hypotheekakte bedingen, dat A voor het verhuren van het pand haar toestemming nodig heeft. Er is dan sprake van een huurbeding ex artikel 3:264 BW.

Als A voor de verhuur aan de bank geen toestemming vraagt of de bank de gevraagde toestemming weigert, kan de bank bij openbare verkoop — en de koper van het geveilde pand — onder inroeping van het huurbeding de huurovereenkomst jegens hem vernietigen.<sup>11</sup> Het pand wordt vrij van huur overgedragen. Artikel 3:264 BW is als een uitzondering op artikel 7A:1612 BW te beschouwen.<sup>12</sup>

11. Het ontbreken van toestemming van de bank tast de huurovereenkomst tussen A en de huurder niet aan. Indien A het pand te zijner tijd — belast met hypotheek — verkoopt, zal bij de overdracht ingevolge artikel 7A:1612 BW ook de huurovereenkomst mee overgaan. Indien A de toestemming tot verhuur van de bank krijgt, kan de bank zich niet meer op artikel 3:264 BW beroepen, zodat de bank dan bij openbare verkoop het eigendomsrecht slechts met instandhouding van de huurovereenkomst kan verkopen.

12. Zie HR 14 mei 1976, NJ 1977, 150 (Albers/Assmann c.s.) en HR 3 februari 1989, NJ 1990, 249 (Pirouette/Broekmeulen). Formeel kan de huurder op deze beëindiging van zijn huurgenot bij het totstandkomen van de huurovereenkomst bedacht zijn, daar het huurbeding in de openbare registers is ingeschreven. De huurder kan deze registers voor het sluiten van de huurovereenkomst raadplegen.

Op 1 maart cedeert A bij akte aan C de huurpenningen, die hij uit de huurovereenkomst met H nu en in de toekomst zal ontvangen, van welke cessie H mededeling wordt gedaan.

In de huurovereenkomst heeft H, als prestatie voor het te verschaffen huurgenot, zich jegens A verplicht tot betaling van huur in vaste termijnen. A is de gerechtigde van deze vordering op H. Het betreft een vordering op naam, die op grond van artikel 3:94 BW aan een derde kan worden overgedragen. De levering dient bij akte van cessie te geschieden en de debitor cessus dient daarvan mededeling te worden gedaan.<sup>13</sup>

A heeft aan C niet alleen de huurpenningen overgedragen, die op het moment van het sluiten van de akte opeisbaar zijn, maar ook de huurpenningen die H in de toekomst aan A verschuldigd zal worden. Zijn de nog niet verschenen huurtermijnen een reeds bestaande vordering tot periodieke betaling, waarvan de nakoming nog niet kan worden afgedwongen of een toekomstige vordering?

Voor de gedachte, dat van een bestaande vordering sprake is, pleit dat de verplichting van H tot periodieke betaling van huur voortvloeit uit de huurovereenkomst en derhalve bij het sluiten van de huurovereenkomst ontstaat.<sup>14</sup>

Hiertegen kan worden ingebracht, dat het in het geheel niet zeker is, dat H in de toekomst verplicht is huur te betalen. A zal eerst van H betaling van een huurtermijn kunnen vorderen als hij over de desbetreffende periode het huurgenot heeft verschaft. De vordering is hierdoor afhankelijk van een nog te verrichten prestatie van de verhuurder. De vordering van A is daarmee afhankelijk van een

13. Het (nieuw) BW bevat voor de levering van een vordering bij voorbaat niet de beperking onder het oude recht dat de vordering rechtstreeks wordt verkregen uit een ten tijde van de cessie bestaande rechtsverhouding.

14. Aanvankelijk opteerde de Hoge Raad in het arrest van 15 maart 1940, NJ 1940, 848 nt E.M. Meijers (De Boer/Haskerveenpolder) ook voor deze terminologie. Deze uitspraak volgde logisch op het arrest van de Hoge Raad van 29 december 1933, NJ 1934, 343 nt P. Scholten (Fijn van Draat/De Nederlanden), waarin alleen cessie van bestaande vorderingen toelaatbaar werd geacht. In 1981 heeft de Hoge Raad bij arrest van 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 nt W.M. Kleijn (Langeveld en Dommering q.q./Solleveld-Bouwman) deze constructie van een bestaande vordering verlaten. Cessie van vorderingen die nog moeten ontstaan is mogelijk, voorzover zij hun onmiddellijke grondslag hebben in een reeds bestaande rechtsverhouding.

toekomstig element aan de zijde van A.<sup>15</sup> De Hoge Raad heeft in ieder geval in 1987 voor de laatste benadering gekozen.<sup>16</sup>

Op het moment dat de toekomstige vordering bij akte onder mededeling aan de debitor cessus wordt geleverd, kan A niet over de nog niet opeisbare huurtermijnen beschikken. A is nog niet beschikingsbevoegd, zodat het recht op de vordering op naam, gelet op de vereisten van de artikelen 3:94 jo. 84 BW, nog niet wordt overgedragen. Het recht op de vordering gaat eerst over, indien — er vanuit gaande dat aan alle overige vereisten voor een geldige overdracht is voldaan — de vordering opeisbaar is, zodat A de rechthebbende op de vordering is geworden.

De overdracht van een toekomstige vordering wordt veelal beschouwd als een overdracht onder de opschortende voorwaarde dat de vervreemder het goed zal verkrijgen.<sup>17</sup>

Bij levering van toekomstige vordering wordt het nemo plus beginsel niet geschonden. De overdracht vindt eerst plaats als A, de vervreemder, door het opeisbaar worden van de vordering beschikingsbevoegd wordt. Het recht op de vordering behoort dan aan A toe en dat recht wordt vervolgens — in een ondeelbaar moment — aan C overdragen.

Op 1 april vestigt A op de toekomstige huurpenningen van H een stil pandrecht ten behoeve van D.

15. De wetgever heeft bij de behandeling van het wetsontwerp nr 16 593, aanvanke-lijk gekozen voor de benadering dat bij nog niet verschenen huurtermijnen sprake is van een toekomstige vordering. Zie TK, 1980-1981, 16 593, nr 3 (Memorie van Toelichting), p. 50. Later is verdedigd dat sprake is van een bestaande, nog niet opeisbare vordering. EK, 1984-1985, 16 593, nr 141a (Memorie van Antwoord), p. 27.
16. In het arrest van 26 maart 1982, NJ 1982, 615 nt W.M. Kleijn (Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Visserij/ABN e.a.) maakte de Hoge Raad een duidelijk onderscheid tussen toekomstige vorderingen en bij overeenkomst ontstane vordering onder opschortende tijdsbepaling en voorwaarde tot periodieke betalingen. Bij arrest van 30 januari 1987, NJ 1987, 530 nt W.C.L. van der Grinten (Westland/Utrecht Hypotheekbank NV/Emmerig q.q.) heeft de Hoge Raad de categorie van periodieke betalingen aangescherpt tot terstond vaststaande periodieke betalingen. De Hoge Raad oordeelde vervolgens uitdrukkelijk dat bij een huurovereenkomst van bepaalde tijd de nog niet verschenen huurtermijnen toekomstige vorderingen zijn.
17. Zie Asser-Mijnssen-De Haan, 3, I, 13e druk, Zwolle, 1992, p. 191 en de daar genoemde literatuur.



Artikel 3:239 lid 1 BW maakt het mogelijk onder meer op een vordering op naam een stil pandrecht te vestigen.<sup>18</sup> Het moet wel een vordering betreffen, die op het tijdstip van de verpanding reeds bestaat of rechtstreeks zal worden verkregen uit een ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhouding.<sup>19</sup> De toekomstige vordering tot betaling van huurpenningen die voortvloeit uit een reeds bestaande huurovereenkomst voldoet aan dit vereiste.

Ingevolge artikel 3:239 lid 2 jo. 3:237 lid 2 BW dient A in de akte, waarbij het pandrecht wordt gevestigd te verklaren dat hij tot het verpanden van het goed bevoegd is alsmede hetzij dat op het goed geen beperkte rechten rusten, hetzij welke rechten daarop rusten.

Een stil pandrecht kan ook op een toekomstige vordering worden gevestigd. De verklaring ex artikel 3:239 lid 2 jo. 3:237 lid 2 BW — die overigens geen vestigingsvereiste voor pandrecht is — zal bij toekomstige vorderingen moeten inhouden de rechten op het goed die de pandgever tevoren eveneens bij voorbaat aan anderen heeft verschaft.

Het pandrecht op een toekomstige vordering wordt gevestigd in afwachting van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever. Op het moment dat de pandgever beschikkingsbevoegd wordt, ontstaat het stil pandrecht.

Als het stil pandrecht is ontstaan, is het een beperkt recht op het verkregen recht van A op de verschenen huurtermijnen. A geeft hiermee D het recht H van de stille verpanding mededeling te doen, indien A in zijn verplichtingen jegens D tekort schiet of D goede grond heeft te vrezen dat A in zijn verplichtingen tekort zal schieten. Het stil pandrecht wordt door deze mededeling gewijzigd in een openbaar pandrecht, dat D overeenkomstig artikel 3:246 BW het recht geeft aan H nakoming van de betaling van de huur te eisen en de huurpenningen in ontvangst te nemen.

Het stil pandrecht beperkt het recht van A op de vordering op de

18. Het is ook mogelijk op de vordering op naam een 'openbaar pandrecht' ex art. 3:236 BW te vestigen. De vestigingshandeling is ingevolge de artt. 3:236 lid 2 jo. 3:94 BW een authentieke of onderhandse akte en mededeling daarvan aan de debiteur van de verpande vordering.

19. Dit is dezelfde eis als die het oude recht stelde voor de cessie van vorderingen. Aangenomen mag worden dat de in de jurisprudentie onder het oude recht ontwikkelde regels voor de cessie van vorderingen overeenkomstig op de stille verpanding van vorderingen zullen worden toegepast.

huurpenningen in twee opzichten. Allereerst kan A de vordering alleen vervreemden belast met het pandrecht. Ten twee geeft A aan D op voorhand de bevoegdheid in een specifiek geval zelf tot inning van de vordering op de huurpenningen over te gaan.

A heeft uit de contractuele verhouding met H aanspraak op de toekomstige huurpenningen. Maar kan A nog wel een stil pandrecht vestigen op deze toekomstige vorderingen die hij reeds op 1 februari bij voorbaat heeft geleverd aan C?

Weliswaar zijn de toekomstige vorderingen eerder aan C geleverd, maar het recht op de vordering is in afwachting van de beschikingsbevoegdheid van A nog niet overgegaan op C. Op het ogenblik dat de toekomstige vordering opeisbaar is, wordt A beschikkingsbevoegd. Eerst op dat moment ontstaat in een ondeelbaar ogenblik gelijktijdig het stille pandrecht en wordt het recht op de vordering — belast met het pandrecht — aan C overgedragen.

C verkrijgt een met pandrecht belaste vordering.<sup>20</sup> D krijgt een pandrecht op de vordering en behoudt dat recht bij vervreemding aan C.

Het nemo plus beginsel is niet geschonden. Op het moment van het opeisbaar worden van de vordering, was A gerechtigd tot het vestigen van een stil pandrecht en om de vordering met een stil pandrecht belast over te dragen. Aldus is geschied. Een bestaand goederenrechtelijk recht van een ander heeft A bij de overdracht van het recht op de huurpenningen niet aangetast.

Op 1 mei cedeert A voor de tweede maal — eveneens onder mededeling aan H — de huurpenningen die hij uit de huurovereenkomst met H nu en in de toekomst zal verkrijgen bij akte aan E.

Het is reeds opgemerkt dat de vordering op de toekomstige huurpenningen kan worden overgedragen onder de opschortende voorwaarde dat de vervreemder het goed zal verkrijgen. Maar kan A voor de toekomstige huurpenningen, die hij reeds onder opschortende voorwaarde heeft overgedragen aan C nog eens cederen aan E?

Wanneer de huurtermijn opeisbaar wordt, wordt A gerechtigde op de vordering. Het onder opschortende voorwaarde overdragen

20. C wordt goederenrechtelijk niet beschermd tegen het verkrijgen van een met pandrecht belast recht op de huurpenningen, behoudens in het weinig voorkomende geval dat aan de vereisten van 3:36 BW wordt voldaan.

van die huurpenningen aan C en E en het onder opschortende voorwaarde vestigen van een stil pandrecht op die huurpenningen leidt tot een mystieke juridische gedaantewisseling. Twee benaderingen zijn denkbaar.

De eerste benadering gaat ervan uit dat een recht op een vordering weliswaar kan worden beperkt, maar niet kan worden 'gekloond' in twee gelijke en onderling strijdige rechten. Gelijktijdig tweemaal een recht overgedragen, waarbij een onderlinge rangregeling de beslissing moet brengen, is niet mogelijk. Deze opvatting leidt ertoe dat A na de eerste levering van de toekomstige vordering onder opschortende voorwaarde aan C, A ten aanzien van de tweede levering aan E onbevoegd is geworden nogmaals over de verschenen huurpenningen te beschikken. Op het moment dat A beschikkingsbevoegd wordt, ontstaat derhalve alleen het stil pandrecht op de vordering en wordt de vordering belast met het pandrecht aan C overgedragen. E verkrijgt geen recht op de vordering vanwege de onbevoegdheid van A.<sup>21</sup>

De tweede benadering neemt tot invalshoek, dat A op het moment van het opmaken van de akte met E nog geen recht op de nog niet verschenen huurtermijnen heeft. Op een recht dat A niet heeft, kan ook geen beperking worden aangebracht. A kan daarom nogmaals de toekomstige huurpenningen onder opschortende voorwaarde overdragen. Op het moment dat A beschikkingsbevoegd wordt, wordt zowel ten aanzien van de vestiging van het stil pandrecht als ten aanzien van de levering van het recht op de vordering de opschortende voorwaarde vervuld. Op een ondeelbaar moment wordt het stil pandrecht op de vordering gevestigd en wordt het recht op de vordering overgedragen op C en E. Na de overdracht wordt de keuze gemaakt wiens recht buiten effect blijft. Het ligt voor de hand de keuze te bepalen aan de hand van de goederenrechtelijke prioriteitsregel. De wetgever heeft in artikel 3:97 lid 2 BW voor de tweede benadering gekozen.<sup>22</sup>

Overigens is nog een derde benadering mogelijk. E verkrijgt de volledige werking van het eigendomsrecht, indien het aan C overgedragen recht — bijvoorbeeld doordat de daaraan ten grondslag liggende schuld is voldaan — eindigt. De eerste cessie is dan als het ware verricht onder de ontbindende voorwaarde dat C geheel zal

21. Smits, bindend advies, 10 mei 1966, NJ 1968, 275, nt H. Drion.

22. Zie Parl. Geschiedenis op art 3:97 BW, p. 403.

worden voldaan. De tweede cessie aan E is dan aangegaan onder de opschortende voorwaarde dat C geheel zal zijn voldaan.

De eerste en derde benadering past beter bij het nemo plus beginsel. Volgens dit beginsel kan A aan E niet het eigendomsrecht op de vordering verschaffen, omdat hij dat recht ten behoeve van E niet heeft verkregen door de eerdere levering aan C. De achtergrond van de nemo plus regel wordt ook niet geschonden. A verschaft C geen recht dat aan een ander, E, toebehoort. E krijgt het recht niet en raakt het ook niet kwijt. Bij de derde benadering krijgt E eerst het recht indien de ontbindende voorwaarde bij de levering aan C inwerking treedt en A op dat moment nog bevoegd is over zijn recht op de huurpenningen te beschikken.

Bij de tweede benadering is enig kunst- en vliegwerk nodig voordat blijkt dat het nemo plus beginsel niet wordt geschonden. A draagt aan E wel een recht op de huurpenningen over. A verschaft hiermee aan E meer rechten dan hij heeft. Eerder is immers dezelfde vordering geleverd aan C. De keuze wiens recht prevaleert valt op grond van de prioriteitsregel ten gunste uit van de verkrijger C. Ter bescherming van het oudere recht van C wordt de werking van het recht van E ontnomen. Door de relativering van de tweede levering wordt alsnog de overdracht tussen A en E op zodanige wijze gecorrigeerd, dat in effect A aan E geen meer rechten heeft overgedragen dan A had. Overigens kan E geen beroep doen op één van de beschermingsbepalingen tegen de onbevoegdheid van de vervreemder. A was ten tijde van de overdracht beschikkingsbevoegd.

A komt zijn verplichtingen uit de hypotheekakte niet na, zodat de Bank op 1 juli het kantoorpand openbaar verkoopt. F koopt het pand.

A is in verzuim. De bank is in dit geval gerechtigd te beschikken over het eigendomsrecht van A. De bank besluit van haar bevoegdheid tot executoriale verkoop van het pand gebruik te maken. Het huurbeding ex artikel 3:264 BW is niet gemaakt, zodat het pand wordt geveild 'onder bezwaar van de lopende huur, zonder dat wordt ingestaan voor de betaling van de huurpenningen'. F koopt het pand en voldoet de koopsom. Welke gevolgen heeft deze openbare verkoop door de hypotheekhouder voor de rechten van A-E?

A heeft zijn eigendomsrecht verloren. De bank heeft de opbrengst van het pand kunnen aanwenden tot aflossing van de hypothecaire

schuld. Het hypotheekrecht van de bank is vervallen. Zijn de rechten van C-E door de overdracht aangetast?

Met de openbare verkoop van het pand is ingevolge artikel 7A:1612 BW ook van rechtswege mee overgegaan de huurovereenkomst met H.<sup>23</sup> Dus ook het gecedeerde vorderingsrecht tot inning van de toekomstige huurpenningen is van rechtswege mee overgegaan. F heeft de huurverhouding te aanvaarden zoals hij haar aantreft. Dit betekent dat F de cessie van de huurpenningen aan C, de vestiging van het stil pandrecht ten behoeve van D daarop en de latente cessie aan E tegen zich heeft te laten gelden.

Indien de bank het huurbeding ex artikel 3:264 BW heeft gemaakt, kan de bank onder inroeping van dit beding de huurovereenkomst jegens hem vernietigen. Het pand wordt in dit geval vrij van huur overgedragen. F verkrijgt het pand vrij van huur en heeft daarmee ook geen vorderingsrecht op huurpenningen verkregen dat met een cessie is belast.

Het nemo plus beginsel is in beide gevallen niet geschonden. De bank heeft vooraf van A de bevoegdheid verkregen het pand te verkopen, indien A jegens de bank in verzuim is. De bank oefent haar recht tot openbare verkoop uit, waardoor het hypotheekrecht van de bank eindigt. De bank verschaft F krachtens eigen bevoegdheid — vrij van hypotheek — het eigendomsrecht van A op het pand. Heeft de bank een huurbeding bedongen dan kan de bank executeren alsof geen cessie van de huurpenningen heeft plaatsgevonden. De bank verkoopt overeenkomstig zijn recht vrij van huur, zodat de nemo plus regel niet wordt geschonden. Formeel leidt de overdracht vrij van huur ook niet tot rechtsverlies van de cessionaris. De huurovereenkomst wordt jegens de bank vernietigd, maar blijft voor het overige instand. Feitelijk zal de vordering van de cessionaris wel inhoudsloos zijn. De verplichting van de huurder huur te betalen kan worden opgeschort, aangezien de verhuurder niet in staat is de huurder een rustig huurgenot te verschaffen. Het vorderingsrecht op

23. Zie HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 nt E.M. Meijers (De Boer/Haskerveenpolder). Zie verder HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 nt H.J. Snijders (Bouwen Aannemingsmaatschappij v/h H.B. van Berkel/Tribosa). Voorts onder meer H.J. Snijders, *Vorderingsrechten en toekomstige subjectieve rechten mede in verband met faillissement en surséance van betaling*, BW-krant jaarboek 1992, pp. 17-30 en A.I.M. van Mierlo, *Reprise De Boer-Haskerveenpolder en de artt. 475, 475b NRv en 3:97 NBW*, WPNR 6014 (1991), pp. 509-514.

de huurpenningen kan door de opschortingsbevoegdheid van de huurder niet worden uitgeoefend.

Verkoopt de bank het pand belast met huur dan blijft de cessie van de huurpenningen in stand. De bank tast het recht van de cessionaris dan ook niet aan.

#### 4. SLOTSOM

Voor de reikwijdte van het nemo plus beginsel is het positieve recht van belang. Het nemo plus beginsel beschermt de oorspronkelijke volledig of beperkt gerechtigde, waartoe eerst dient te worden vastgesteld of hij een recht op het goed heeft (gehad). Het beginsel heeft ook positiefrechtelijke uitwerking gekregen in het vereiste van de beschikkingsbevoegdheid. Toch is het nemo plus beginsel niet identiek aan het beschikkingsbevoegdheidsvereiste.

Het vereiste van beschikkingsbevoegdheid heeft betrekking op de vervreemder en beschermt niet louter derden tegen onvrijwillig rechtsverlies. De beschikkingsbevoegdheid beschermt bijvoorbeeld ook crediteuren die door middel van faillissementsbeslag de beschikkingsbevoegdheid van hun schuldenaar hebben geblokkeerd.

Het nemo plus beginsel ziet eerst en vooral op de positie van de oorspronkelijk gerechtigde. Aldus opgevat is het beginsel een belangrijk beginsel dat moet worden meegewogen in de situaties, waarbij de verkrijger van een onbevoegde vervreemder op grond van het vertrouwensbeginsel bescherming van het aan hem overgedragen recht wenst. Bij de afweging van beide beginselen vindt een afweging plaats tussen de positie van enerzijds de oorspronkelijk gerechtigde en anderzijds de verkrijger.

In het geval verschillende partijen rechten doen gelden op hetzelfde toekomstige goed heeft het nemo plus beginsel voor haar werking de steun nodig van de goederenrechtelijke prioriteitsregel. De reden hiervoor kan vooral worden gezocht in de omstandigheid dat bescherming moet worden verleend aan de oudste van meerdere toekomstige gerechtigden.